Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

UNIVERSITÄT LEIPZIG

Juristenfakultät
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht

Universität Leipzig, Burgstraße 21, 04109, Leipzig

Bundesministerium der Justiz und
für Verbraucherschutz
11015 Berlin

V 1 31/3.
V 1 2

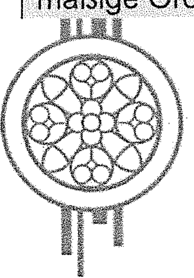
Leipzig, 28. März 2017

Stellungnahme zu dem

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG)

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Der Referentenentwurf verstößt gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung (Art. 70 Abs. 1 GG). Er lässt sich nicht der Bundeskompetenz für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuordnen, weil die Kommunikation in sozialen Netzwerken Ausübung der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG geschützten Freiheiten ist. Im Sinnzentrum der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG stehen nicht wirtschaftliche Interessen, die eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründen könnten, sondern der freiheits- und demokratiefördernde Kommunikationsprozess. Der Schutz dieses Kommunikationsprozesses unterfällt der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG. Die Gewährleistung der allgemeinen Gesetze respektive der Strafgesetze in Medien und in sozialen Netzwerken steht in einem engen Zusammenhang mit dieser Kompetenz und unterliegt deshalb ebenfalls der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG. In Wahrnehmung dieser Kompetenz haben die Länder dafür Sorge getragen, dass Telemediendienste – und damit auch Anbieter sozialer Netzwerke – die verfassungsmäßige Ordnung und die allgemeinen Gesetze beachten (§ 54 Abs. 1 Satz 2 und 3



Universität Leipzig
Juristenfakultät
Burgstraße 21
04109 Leipzig

Telefon 0341 97–35 191
Telefax 0341 97–35 199

hubertus.gersdorf@uni-leipzig.de
www.medienrecht.jura.uni-leipzig.de

RStV). Die Aufsicht hierüber obliegt den nach Landesrecht bestimmten Aufsichtsbehörden (§ 59 Abs. 2 RStV). Die Begründung einer „Doppelzuständigkeit" des Bundes verbietet die grundgesetzliche Kompetenzordnung.

Durch den Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG; genauer: Netzwerkrechtsdurchsetzungsgesetz; im Folgenden: NetzDG-Entwurf) soll die Verbreitung von Inhalten in sozialen Netzwerken verhindert werden, die einen der in § 1 Abs. 3 NetzDG-Entwurf genannten Straftatbestände erfüllen. Das Gesetz soll für Anbieter von Telemediendiensten gelten, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die es Nutzern ermöglichen, beliebige Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG-Entwurf). Erfasst sein sollen sowohl der „Austausch von Inhalten mit anderen Nutzern in einer geschlossenen Netzgemeinschaft (gated community) als auch die Verbreitung von Inhalten in der Öffentlichkeit"[1]. Demgegenüber sollen Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Dienstanbieter selbst verantwortet werden, dem Gesetz nicht unterfallen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 NetzDG-Entwurf).

Der Entwurf sieht eine Reihe von gesetzlichen Verpflichtungen des Anbieters sozialer Netzwerke vor. Gem. § 2 Abs. 1 NetzDG-Entwurf müssen sie einen deutschsprachigen Bericht über den Umfang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte auf ihrer Plattform vierteljährlich erstellen und im Bundesanzeiger sowie auf der eigenen Homepage veröffentlichen. Der Bericht muss den in § 2 Abs. 2 NetzDG-Entwurf genannten Mindestvoraussetzungen genügen. Kern des Referentenentwurfs ist die gesetzliche Regelung eines wirksamen Beschwerdemanagements, das auf die rasche Entfernung von rechtswidrigen Inhalten in sozialen Netzwerken zielt. Gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 NetzDG-Entwurf muss der Anbieter sozialer Netzwerke ein wirksames und transparentes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte iSd § 1 Abs. 3 NetzDG-Entwurf vorhalten. Die Voraussetzungen hierfür sind im Einzelnen in § 3 Abs. 2 NetzDG-Entwurf geregelt. Das Verfahren muss insbesondere sicherstellen, dass der Anbieter einer sozialen Plattform einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-Entwurf). Jeder (nicht offensichtlich) rechtswidrige Inhalt ist innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-Entwurf). Darüber hinaus sieht der Entwurf Dokumentations- und Überwachungspflichten des Anbieters sozialer Netzwerke im Hinblick auf den Umgang mit Beschwerden vor (vgl. § 3 Abs. 3 und 4 NetzDG-Entwurf). Die Verletzung der dem Anbieter sozialer Netzwerke nach §§ 3 und 4 NetzDG-Entwurf obliegenden Verpflichtungen ist gem. § 4 NetzDG-Entwurf bußgeldbewehrt.

[1] Begründung des Referentenentwurfs, S. 10.

Der Referentenentwurf dient dem zentralen Ziel des Verfassungsstaates, die Durchsetzung der Rechtsordnung (auch) in den sozialen Netzwerken sicherzustellen. Insbesondere ist der Staat kraft seiner ihm obliegenden grundrechtlichen Schutzpflichten verpflichtet, das allgemeine Persönlichkeitsrecht in den sozialen Netzwerken wirksam zu schützen und bereits eingetretene Rechtsverletzungen zu beseitigen. Gleichwohl begegnen dem NetzDG-Entwurf durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken, und zwar in erster Linie in kompetenzrechtlicher (s. I.), aber auch in grundrechtlicher Hinsicht (s. II.).

I. Verstoß gegen die grundgesetzliche Kompetenzordnung (Art. 70 Abs. 1 GG)

Der Bund hat für den NetzDG-Entwurf keine Gesetzgebungskompetenz.

1. Keine Gesetzgebungskompetenz für die Telekommunikation (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG)

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG erstreckt sich auf technische Fragen der Telekommunikation, insbesondere die der Standardisierung und Normierung. Von der Vorschrift nicht umfasst sind hingegen Regelungen, die sich auf die übermittelten Inhalte oder die Art der Nutzung der Telekommunikation beziehen[2]. Ebensowenig ist von Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG eine Telekommunikationsüberwachung zum Zweck der Erlangung von Informationen für Aufgaben der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr gedeckt. Entsprechende Regelungen sind im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz jeweils dem Rechtsbereich zuzuordnen, für dessen Zwecke die Überwachung erfolgt[3].

Die vom NetzDG-Entwurf erfassten sozialen Netzwerke sind keine der Telekommunikationskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG unterliegenden (technikbezogenen) Telekommunikationsdienste, sondern (inhaltsbezogene) Telemediendienste, die Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG nicht unterfallen. Einfachgesetzlich unterscheiden sich Telekommunikationsdienste von Telemediendiensten durch das Begriffsmerkmal des Telekommunikationsdienstes iSd § 3 Nr. 24 TKG „ganz oder überwiegend" (vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG). Die Begriffsvoraussetzung, dass der Dienst „ganz oder überwiegend" aus der Signalübertragung bestehen muss, dient der Abgrenzung der Telekommunikationsdienste von den Telemediendiensten, bei denen die Inhaltsleistung im Vordergrund steht. Inhaltsdienste unterliegen nach europäischem und deutschem Telekommunikationsrecht nicht der telekommunikationsrechtlichen Regulierung[4]. Kompetenziell beruht ihre Regulierung nicht auf Art. 73 Abs. 1

[2] Vgl. BVerfGE 113, 348, 368; 114, 371, 385; 125, 260, 314; *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, GG, Art. 73 Rn. 4; *Uhle*, in: Maunz/Dürig GG, 78. EL September 2016, Art. 73, Rn. 165.
[3] Vgl. BVerfGE 113, 348, 368; 125, 260, 314.
[4] Vgl. nur *Kühling/Schall*, CR 2015, 641, 645.

Nr. 7 GG, sondern auf den (nichttelekommunikationsbezogenen) allgemeinen Kompetenzgrundlagen (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Soziale Netzwerke wie Facebook, die nicht nur – wie Messaging-Dienste – die technische Plattform für Individual-, Gruppen- oder Massenkommunikation zur Verfügung stellen, sondern durch Ausgestaltung des Newsfeed-Algorithmus o.ä. in erster Linie inhaltliche Leistungen erbringen[5], sind (inhaltsbezogene) Telemediendienste, die Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 TKG nicht unterfallen. Dementsprechend qualifiziert auch der Referentenentwurf die Anbieter sozialer Netzwerke als Telemediendienstanbieter (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 NetzDG-Entwurf).

2. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Strafrecht (Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) im Hinblick auf §§ 1 bis 3 NetzDG-Entwurf

Die Vorschrift der §§ 1 bis 3 NetzDG-Entwurf stellen keine Sanktionsregelungen des Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts dar und sind deshalb nicht Bestandteil des Sachgebiets Strafrecht iSd Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Demgegenüber lässt sich die Bußgeldvorschrift des § 4 NetzDG-Entwurf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuordnen, weil zum Sachgebiet Strafrecht auch das Ordnungswidrigkeitenrecht gehört[6].

3. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht (Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG)

Der vorliegende Gesetzentwurf zielt auf eine wirksame Bekämpfung von Hasskriminalität in sozialen Netzwerken. Entsprechende „Hassäußerungen“ führen in der Praxis regelmäßig zu (schweren) Persönlichkeitsverletzungen. Sie betreffen das Täter-Opfer-Verhältnis. Der Schutz der Betroffenenrechte ist Gegenstand des Sachgebiets bürgerliches Recht iSd Art. 74 Abs. 1 Nr 1 GG. Indem § 12 Abs. 2 TMG die personenbezogenen Daten des Täters umfassend schützt, dem Betroffenen gegenüber dem Host-Provider aber kein (ausdrückliches) Auskunftsrecht über die Person des Täters gewährt, wird der Schutzauftrag des Staates in eklatanter Weise verletzt. Bekanntlich lehnen der BGH und die herrschende Meinung im Schrifttum bei Persönlichkeitsverletzungen eine analoge Anwendung des § 14 Abs. 2 TMG unter Hinweis auf das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke als Voraussetzung für eine Analogiebildung ab[7]. Ob mit Blick auf den Schutzauftrag des Staates für das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen § 14 Abs. 2 TMG verfassungskonform erweiternd auszulegen ist, wird zumeist nicht erörtert; dies muss schon deshalb verwundern, weil dem Be-

[5] Vgl. hierzu noch sub I. 4. a. (2) (b), bei und nach Fn. 32 (S. 11).
[6] Vgl. nur BVerfG, NJW 1969, 1619, 1622.
[7] BGH, MMR 2014, 704, 706; *Palzer*, MMR 2014, 704, 707; zuletzt *Paschke/Halder*, MMR 2016, 723, 725 mwN in Fn. 34.

troffenen im Fall schwerer Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach der grundlegenden Herrenreiter-Entscheidung Ende der 50iger Jahre[8] und in ständiger Rechtsprechung – entgegen der ausdrücklichen Regelung des § 253 BGB – ein Anspruch auf Geldentschädigung zusteht. Die auf Art. 1 GG fußende Notwendigkeit eines effektiven Persönlichkeitsrechtsschutzes, die diese Rechtsprechung trägt, drängt auch im Rahmen des § 14 Abs. 2 TMG auf Verwirklichung. Sofern man gleichwohl eine verfassungskonforme Auslegung des Art. 14 Abs. 2 TMG ablehnt, weil die dem Staat obliegenden Schutzpflichten das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, d.h. das Erfordernis einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Rechte des Störers, unberührt lässt, müsste § 14 Abs. 2 TMG (wohl) das Verdikt der Verfassungswidrigkeit ereilen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Korrektur des § 14 Abs. 2 TMG nicht nur rechtspolitisch, sondern auch verfassungsrechtlich angezeigt. Sofern der Gesetzgeber bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen dem Betroffenen einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Plattformbetreiber einräumte, bewegte er sich im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Ein Auskunftsanspruch zielt auf die Durchsetzung der zivilrechtlichen Schutzansprüche des Betroffenen gegenüber dem Täter. Die Regelung eines solchen Auskunftsanspruches wäre vom Sachgebiet „bürgerliches Recht“ gedeckt.

Darüber hinaus könnte der Bundesgesetzgeber die – in Analogie zu § 1004 BGB – von der Rechtsprechung des BGH entwickelte Störerhaftung des Plattformbetreibers[9] aufgreifen, ggf. weiterentwickeln und so zum Gegenstand einer bundesgesetzlichen Regelung machen. Auch eine solche Konkretisierung der Störerhaftung des Hostbetreibers unterfiele der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

Der Referentenentwurf dient jedoch erkennbar nicht dem Ziel, die Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung des Hostbetreibers zu konkretisieren. Der Entwurf wendet sich gegen die Verbreitung von Hasskriminalität in sozialen Netzwerken. Die vom Referentenentwurf erfassten rechtswidrigen Inhalte betreffen eine Reihe von Straftatbeständen, die in § 1 Abs. 3 NetzDG-Entwurf (erschöpfend) aufgelistet sind. Zwar dienen die in § 1 Abs. 3 NetzDG-Entwurf genannten Straftaten teilweise auch dem Schutz der Betroffenen, wie etwa die Beleidigungstatbestände der §§ 185 bis 187 StGB. Die meisten in § 1 Abs. 3 NetzDG-Entwurf erwähnten Straftaten beziehen sich jedoch auf den Schutz des Staates respektive seiner öffentlichen Ordnung. Dementsprechend ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das bürgerliche Recht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) hier nicht einschlägig.

---

[8] BGHZ 26, 349.
[9] Vgl. hierzu noch sub II., bei Fn. 39 (S. 14).

4. Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 72, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)

Der NetzDG-Entwurf lässt sich nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen (s. a.). Ungeachtet dessen fehlt es an der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung iSd Art. 72 Abs. 2 GG (s. b.).

a. Keine Einschlägigkeit des Sachgebiets gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Entgegen der Begründung des Referentenentwurfs[10] ist der NetzDG-Entwurf auch nicht vom Sachkompetenztitel des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) erfasst. Der NetzDG-Entwurf dient der Verhinderung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte, die einen der in § 1 Abs. 3 NetzDG-Entwurf genannten Straftatbestände erfüllt. Zu diesem Zweck werden dem Betreiber sozialer Netzwerke Berichtspflichten (vgl. § 2 NetzDG-Entwurf) und die Verpflichtung zur Einrichtung eines entsprechenden Beschwerdemanagements iSd § 3 NetzDG-Entwurf auferlegt. Insbesondere hat der Anbieter sozialer Netzwerke zu gewährleisten, dass offensichtlich rechtswidrige Inhalte iSd § 1 Abs. 3 NetzDG-Entwurf innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt werden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wird (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-Entwurf). Jeder (nicht offensichtlich) rechtswidrige Inhalt ist innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-Entwurf). Diese Regelungen verstoßen gegen Art. 70 Abs. 1 GG. Nach Art. 70 Abs. 1 GG ist es Sache der Länder, für die Einhaltung der allgemeinen Gesetze in Medien (s. (1)) und sozialen Netzwerken (s. (2)) Sorge zu tragen. Der Bund kann sich insoweit auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht berufen. Der NetzDG-Entwurf verkennt diese Kompetenzverteilung und verstößt gegen Art. 70 Abs. 1 GG (s. 3)).

(1) Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung in den Medien als Kompetenz der Länder

Obgleich Medien auch eine wirtschaftliche Bedeutung haben, unterfallen sie nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes der Gesetzgebungskompetenz der Länder (Art. 70 Abs. 1 GG). Die Medienkompetenz der Länder umschließt auch die gesetzliche Regelung der Finanzierungsgrundlagen der Medien. Die Regulierung etwa von Wirtschaftswerbung in den Medien obliegt den Ländern[11]. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist insoweit nicht einschlägig.

Zur Länderkompetenz gehört auch die Gewährleistung der allgemeinen Gesetze in den Medien. Das BVerfG betont, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und

[10] Vgl. Begründung des Referentenentwurfs, S. 11.
[11] Vgl. hierzu nur *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, GG, Art. 70 Rn. 5 mwN.

Ordnung keinen selbstständigen Sachbereich im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern darstellt[12]. „Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen, sind für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen vielmehr dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen."[13] Mithin ist die Sicherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung in den Medien den für die Medien zuständigen Kompetenzträgern zuzuweisen, demzufolge den Ländern. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung in den Medien ist Teil der Länderkompetenz für die Medien. Die Länder haben neben der Kompetenz zur Ausgestaltung der grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) auch die Kompetenz zur Sicherstellung der allgemeinen Gesetze durch die Medien. Demgemäß hat das BVerfG klargestellt, dass die Länder kraft ihrer Rundfunkkompetenz für eine Bindung der Rundfunkveranstalter an die allgemeinen Gesetze Sorge zu tragen haben[14].

Die Länder müssen in Wahrnehmung ihrer Kompetenz gem. Art. 70 Abs. 1 GG sicherstellen, dass die Medien die allgemeinen Gesetze wahren. Entsprechende landesrechtliche Regelungen finden sich für die (gedruckte) Presse (vgl. nur § 1 Abs. 1 Satz 3 SächsPresseG, § 1 Abs. 5 HmbPresseG), für den Rundfunk (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 1 RStV), für Plattformen (vgl. § 52a Abs. 1 Satz 1 RStV) und für Telemedien (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV), soweit sie dem Kompetenzbereich der Länder unterfallen.

(2) Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung in sozialen Netzwerken als Kompetenz der Länder

Wie die Kompetenzen von Bund und Ländern in Bezug auf soziale Netzwerke abzugrenzen und ob die Länder gem. Art. 70 Abs. 1 GG zur Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung nicht nur in den Medien, sondern auch in den sozialen Netzwerken kompetenziell berufen sind, ist bislang nicht geklärt. Die Probleme bei der Kompetenzabgrenzung beruhen letztlich darauf, dass die verfassungsrechtliche Diskussion über die grundrechtliche Stellung sozialer Netzwerke noch in den „Kinderschuhen" steckt. Wie die einzelnen Kommunikationsformen der Nutzer sozialer Netzwerke grundrechtlich einzuordnen und wie Betreiber solcher Netzwerke grundrechtlich zu positionieren sind, bedarf noch der näheren wissenschaftlichen Aufarbeitung und der (höchst-)richterlichen Klärung. Diese grundrechtlichen Ungewissheiten wirken sich auf die Abgrenzung von Bundes- und Länderkompetenzen in Bezug auf die Regulierung sozialer Netzwerke aus. Das BVerfG betont in ständiger

[12] Vgl. BVerfGE 8, 143, 149 f.; BVerfG, NJW 2004, 750, 751.
[13] BVerfG, NJW 2004, 750, 751.
[14] Vgl. BVerfGE 57, 295, 326: „Daneben sind alle Veranstalter an die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG gebunden. Namentlich für den Jugendschutz wird in den Rundfunkgesetzen Sorge zu tragen sein."

Rechtsprechung die „enge sachliche Verbindung zwischen Grundrechten und Kompetenznormen“[15]. Die Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes sind im Lichte der grundrechtlichen Fundierung der zu ordnenden Lebenssachverhalte zu bestimmen. Dementsprechend richtet sich die Kompetenzabgrenzung im Hinblick auf die Regulierung sozialer Netzwerke maßgeblich nach deren grundrechtlicher Prägung: Geht es insoweit im Kern um einen wirtschaftlich relevanten Lebenssachverhalt, gelangt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zur Anwendung. Steht hingegen der durch Art. 5 GG geschützte Kommunikationsprozess im Vordergrund, drängt Art. 70 Abs. 1 GG auf Verwirklichung, der die Länder kompetenziell legitimiert, die Einhaltung der allgemeinen Gesetze auch in den sozialen Netzwerken sicherzustellen.

Die Unsicherheit bei der grundrechtlichen Einordnung sozialer Netzwerke spiegelt sich im Referentenentwurf deutlich wieder. Der Entwurf scheint davon auszugehen, dass sich Anbieter sozialer Netzwerke nur auf das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 15, 16 GRC) berufen können[16]. Gleichwohl wird im Referentenentwurf (zu Recht) darauf hingewiesen, dass der „Schutz der Meinungsfreiheit und der Rundfunk- und Pressefreiheit … hier in die Gesamtbewertung mit einfließen“ müsse[17]. Wessen Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 GG, Art. 11 GRC, Art. 10 EMRK) damit gemeint sind und ob (auch) Anbietern sozialer Netzwerke der Schutz der Kommunikationsgrundrechte (vor allem der Medienfreiheiten) zugutekommt, bleibt offen.

In Bezug auf die grundrechtliche Einordnung der Freiheitsausübung im Rahmen sozialer Netzwerke ist zwischen den Nutzern und den Betreibern sozialer Netzwerke zu unterscheiden[18]. Es ist hier nicht der Platz, auf alle im Zusammenhang mit der Freiheitsbetätigung in sozialen Netzwerken stehenden Fragestellungen einzugehen. Im gegebenen Kontext müssen einige wenige Ausführungen genügen.

(a) Grundrechtliche Einordnung der Kommunikation der Nutzer sozialer Netzwerke

Sofern die Kommunikationsinhalte der Nutzer sozialer Netzwerke nicht nur an bestimmte oder bestimmbare Adressaten („Freunde“), sondern an die Allgemeinheit („Öffentlichkeit“) gerichtet sind, nehmen die Nutzer sozialer Netzwerke ihre grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Grundrecht der Presse- oder Rundfunkfreiheit[19]) wahr. Der Schutz der allgemeinen Gesetze im Bereich der Medien obliegt gem. Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern. Für eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist insoweit kein Raum.

---

[15] Vgl. nur BVerfGE 55, 274, 302; *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, GG, Art. 70 Rn. 7.
[16] Begründung des Referentenentwurfs, S. 22: „Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden.“
[17] Begründung des Referentenentwurfs, S. 22.
[18] Vgl. *Gersdorf*, BayVBl. 2015, 625, 627 f. und 629 f.
[19] Zur Abgrenzung beider Grundrechte umfassend *Gersdorf*, AfP 2010, 421, 422 ff.

Schwieriger gestaltet sich die grundrechtliche Einordnung, soweit Nutzer sozialer Netzwerke mit einem bestimmten oder bestimmbaren („Freundes"-)Adressatenkreis kommunizieren. Massenkommunikation im klassischen Sinne liegt insoweit nicht vor, weil die Nutzer ihre Inhalte nicht an eine „beliebige Öffentlichkeit"[20], d.h. nicht an die Allgemeinheit verbreiten. Umgekehrt existiert aber auch keine Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG unterliegende Individualkommunikation im klassischen Sinne, weil der („Freundes"-)Kreis zahlenmäßig oftmals sehr weit gefasst und mitunter sogar unüberschaubar ist. Darüber hinaus unterscheidet sich die Auswahl der Kommunikationspartner grundlegend von der klassischen Individualkommunikation, weil Nutzer häufig an einem großen („Freundes"-)Kreis interessiert sind, sodass die Ansehung der konkreten Person nicht im Vordergrund steht. Ob solche Formen personenindifferenter Gruppenkommunikation vom (Individual-)Grundrecht der Meinungsfreiheit oder von den (Massenkommunikations-)Grundrechten der Rundfunk- oder Pressefreiheit geschützt sind, ist noch nicht geklärt.

Ungeachtet dieser grundrechtlichen Einordnung dürfte in jedem Fall feststehen, dass die Regulierung von Formen der Gruppenkommunikation, aber letztlich auch der Individualkommunikation iSd Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG der Länderkompetenz unterfällt. Denn sämtliche durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsgrundrechte dienen dem Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung. Im Sinnzentrum der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG stehen nicht wirtschaftliche Interessen, die eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründen könnten, sondern der freiheits- und demokratiefördernde Kommunikationsprozess. Der Schutz dieses Kommunikationsprozesses unterfällt nicht dem Sachgebiet des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, sondern der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung bei sämtlichen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen steht in einem engen Zusammenhang mit dieser Kompetenz und unterliegt deshalb ebenfalls der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG.

Die Länder haben von ihrer umfassenden Kompetenz zur Regulierung der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen nicht erschöpfend Gebrauch gemacht. Die Verpflichtung zur Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung ist landesgesetzlich für den Rundfunk (vgl. § 41 Abs. 1 Satz 1 RStV), für Plattformen (vgl. § 52a Abs. 1 Satz 1 RStV) und für Telemedien (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV) verbindlich vorgeschrieben. Adressat dieser Verpflichtungen ist der jeweilige Dienstanbieter, nicht aber der Urheber des einzelnen Beitrags. Die Nutzer sozialer Netzwerke unterliegen demnach nur dann den für Telemedien geltenden Bindungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV, wenn sie als Dienstanbieter zu qualifizieren sind. Was unter „Dienstanbieter" zu verstehen ist, ist im RStV nicht (näher) geregelt. Eine Legaldefinition findet sich jedoch in § 2 Nr. 1 TMG, wonach Dienstanbieter jede natürliche oder juristische Person ist, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält. Unter Zugrundelegung dieser Definition kommt es für die Qualifizierung

[20] *Lerche*, Rundfunkmonopol. Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen, 1970, S. 28.

als Dienstanbieter auf die kommunikationsbezogene Eigenständigkeit des Auftritts an[21], ob sich also der Inhalt aus der Perspektive eines potenziellen Nutzers nicht als Teil des Gesamtangebots, sondern als funktional eigenständiges Angebot darstellt[22]. Dass der Anbieter im Verhältnis zum Plattformbetreiber selbst Nutzer ist, schließt die Eigenschaft als Dienstanbieter nicht aus[23]. Die Dienstanbietereigenschaft entfällt demnach nicht dadurch, dass das Angebot im Rahmen eines gesonderten Angebots des Plattformbetreibers erbracht wird. Dienstanbieter kann daher auch sein, wer sog. Facebook-Fanpages betreibt[24]. Die im „Profil" des Nutzers sozialer Netzwerke abgelegten Kommunikationsinhalte können damit einen gesonderten, eigenständigen Telemediendienst im Rahmen des Telemediendienstes des Betreibers sozialer Netzwerke darstellen[25]. Das gilt vor allem für „Offizielle Seiten" (spezielle Seiten von Organisationen, Unternehmen etc.) und Gruppen. Entsprechendes dürfte für die auf Videoplattformen (YouTube etc.) hochgeladenen, insbesondere in „Channels" bereitgehaltenen Inhalte gelten. Entscheidend für die Qualifizierung als Dienstanbieter ist, ob sich das Angebot als eigenständiges Informations- und Kommunikationsangebot charakterisieren lässt[26]. Sofern (Nutzer-)Inhalte einen Telemediendienst (im Rahmen des Telemediendienstes des Plattformbetreibers) darstellen, ist der Nutzer zugleich Telemediendienstanbieter, der an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV).

(b) Grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke

Die Radizierung des NetzDG-Entwurfes in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beruht auf einer verfassungsrechtlich fehlsamen grundrechtlichen Positionsbestimmung des Betreibers sozialer Netzwerke. Wie bereits dargelegt, ordnet der Referentenentwurf Anbieter sozialer Netzwerke dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zu[27]. Auf der Grundlage einer solchen grundrechtlichen Verortung ist der Schritt nicht weit, eine auf die Entfernung rechtswidriger Inhalte bezogene Regulierung des Plattformbetreibers kompetenziell dem Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zuzuordnen; allerdings wäre eine solche Schlussfolgerung wenig überzeugend, weil sie unberücksichtigt ließe, dass die Regulierung

---

[21] *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, TMG, § 2 Rn. 7b; *Ricke*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage 2015, TMG, § 2 Rn. 3.

[22] OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 1305, 1306; *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, TMG, § 2 Rn. 7b; ähnlich *Lorenz*, VuR 2008, 321, 322; *Rockstroh*, MMR 2013, 627, 628 f.

[23] *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, TMG, § 2 Rn. 7b.

[24] *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, TMG, § 2 Rn. 7b; *Rockstroh*, MMR 2013, 627, 629; OVG Schleswig, ZD 2014, 643, 644.

[25] So in Bezug auf das „Profil" bei Xing LG Stuttgart, ZUM 2014, 988, 990.

[26] OLG Düsseldorf, ZUM-RD 2013, 591, 594; LG Stuttgart, ZUM-RD 2014, 582, 585; LG Stuttgart, ZUM 2014, 988, 990; *Martini*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), OK Informations- und Medienrecht, 15. Edition 15. Februar 2017, TMG, § 2 Rn. 7b.

[27] Vgl. Begründung des Referentenentwurfs, S. 22.

des Plattformbetreibers auf die Entfernung der von Nutzern oder Dienstanbietern bereitgestellten Kommunikationsinhalte zielt, deren Regulierung nach Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern obliegt[28]. Dieser (hypothetischen) Problematik braucht indes nicht nachgegangen zu werden, weil der grundrechtliche Schutz der Betreiber sozialer Netzwerke nicht im Wirtschaftsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG, sondern – ebenso wie der der Nutzer sozialer Plattformen – in Art. 5 Abs. 1 GG wurzelt[29]. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung beim Betrieb sozialer Netzwerke ist gem. Art. 70 Abs. 1 GG Sache der Länder:

Es kann hier dahinstehen, ob Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – in Parallele zur Pressegrossisten-Entscheidung des BVerfG[30] – die Tätigkeit strikt inhaltsneutraler Plattformbetreiber schützt, die lediglich die technischen Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Kommunikationsfreiheiten Dritter bereitstellen, ohne hierbei inhaltlich auf den Kommunikationsprozess einzuwirken[31]. Ebenso kann ungeklärt bleiben, ob dem Bund oder den Ländern die Regulierung solcher inhaltsneutralen Intermediäre obliegt. Vieles spricht dafür, dass inhaltsneutrale Intermediäre den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG genießen, soweit (also nicht generell) sie den Zugang zu von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsinhalten gewähren; in diesem Fall sind die Länder zur Sicherstellung der verfassungsmäßigen Ordnung auch insoweit kompetenziell befugt sind.

Jedenfalls soziale Netzwerke nehmen regelmäßig nicht nur inhaltsneutrale Tätigkeiten wahr. Ihre Tätigkeit ist durch einen „ausreichenden Inhaltsbezug" gekennzeichnet, dessentwillen der Schutz nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eröffnet ist[32]. Soziale Netzwerke wie Facebook üben inhaltsbezogene Selektions- und Steuerungsfunktionen aus. Sie gestalten nicht nur nach inhaltlichen Kriterien die Kommunikation in ihren Netzwerken. Betreiber sozialer Netzwerke bestimmen vor allem durch den sog. Edgerank-Algorithmus den für den Nutzer sichtbaren sogenannten Newsfeed und beeinflussen auf diese Weise den Kommunikationsprozess. Sie liegen gleichsam „zwischen" den klassischen Medien und den strikt inhaltsneutralen Host-Providern. Sie sind keine Medienanbieter, weil sie keine eigenen Inhalte nach publizistischen Gesichtspunkten auswählen und bereitstellen. Sie sind aber auch keine schlicht inhaltsneutralen Plattformbetreiber, weil sie insbesondere durch Ausgestaltung der Algorithmen Einfluss auf den Kommunikationsprozess gewinnen. Kraft dieses Inhaltsbezugs sind sie durch die Medienfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt[33]. Soziale Netzwerke sind Telemedien iSd § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV, für die die verfassungsmäßige Ordnung gilt (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV). Auch insoweit bleibt für eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kein Platz.

---

[28] S. sub I. 4. a. (2) (a), S. 8 ff.
[29] So im Hinblick auf das Ärztebewertungsportal www.jameda.de BGH, GRUR 2016, 855, 857 Rn. 24: Recht des Providers auf „Meinungs- und Medienfreiheit" des Art. 5 GG und Art. 10 EMRK.
[30] Vgl. BVerfGE 77, 346, 354.
[31] Vgl. hierzu *Gersdorf*, BayVBl. 2015, 625, 629.
[32] Vgl. BVerfGE 77, 346, 354.
[33] Vgl. nochmals BGH, GRUR 2016, 855, 857 Rn. 24: Recht des Providers auf „Meinungs- und Medienfreiheit" des Art. 5 GG und Art. 10 EMRK.

(3) Keine Verortung des NetzDG-Entwurfes in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Der NetzDG-Entwurf verkennt, dass die Kommunikation in sozialen Netzwerken Ausübung der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG geschützten Freiheiten ist, die nach Art. 70 Abs. 1 GG der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterliegt. Die Gewährleistung der allgemeinen Gesetze respektive der Strafgesetze in Medien und in sozialen Netzwerken ist gem. Art. 70 Abs. 1 GG Sache der Länder.

Im Referentenentwurf findet die Länderkompetenz für den durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Bereich zwar insoweit Beachtung, als Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten vom geplanten Gesetz ausgeklammert bleiben (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 NetzDG-Entwurf). Damit sind Telemediengesetze iSd § 54 Abs. 2 RStV gemeint. Im Übrigen aber beansprucht der Bund – gestützt auf seine Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) – eine Kompetenz für die Regelung von sozialen Netzwerken, die „sowohl den Austausch von Inhalten mit anderen Nutzern in einer geschlossenen Netzgemeinschaft (gated community) als auch die Verbreitung von Inhalten in der Öffentlichkeit" umfasst[34]. Hierbei wird übersehen, dass „die Verbreitung von Inhalten in der Öffentlichkeit" die Ausübung der Massenkommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist, deren Regulierung den Ländern obliegt. Das Gleiche gilt für die Formen der Gruppenkommunikation, deren grundrechtliche Einordnung erhebliche Schwierigkeiten bereitet[35]. Ungeachtet dieser Zuordnungsprobleme steht in jedem Fall fest, dass die Gruppenkommunikation in sozialen Netzwerken den Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG unterfällt. Der besondere Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG zielt nicht auf die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen, die eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begründen könnte. Vielmehr sind sämtliche Kommunikationsgrundrechte funktional auf den Prozess individueller und öffentlicher Meinungsbildung bezogen, dessen Schutz den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG obliegt. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung bei allen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsformen steht in einem engen Zusammenhang mit dieser Kompetenz und unterliegt deshalb ebenfalls der Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG.

Entsprechendes gilt für Anbieter sozialer Netzwerke, die unmittelbar Regelungsadressaten des NetzDG-Entwurfes sind. Der grundrechtliche Schutz der Betreiber sozialer Netzwerke ressortiert nicht im Wirtschaftsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG, sondern – ebenso wie der der Nutzer sozialer Plattformen – in Art. 5 Abs. 1 GG. Die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung durch soziale Netzwerke ist gem. Art. 70 Abs. 1 GG Sache der Länder. Für eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist kein Raum.

---

[34] Begründung des Referentenentwurfs, S. 10.
[35] Vgl. hierzu oben sub I. 4. a. (2) (a), nach Fn. 20 (S. 9).

In Wahrnehmung ihrer Kompetenz haben die Länder die Telemedien reguliert. Entgegen der Begründung des Referentenentwurfs gelten die §§ 54 ff. RStV nicht nur für journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote[36]. Die Vorschriften über Telemedien enthalten zwar spezielle Regelungen für Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten (vgl. §§ 55 bis 57 RStV). Die hier relevanten Regelungen der § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV, wonach eine Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung und an die allgemeinen Gesetze begründet wird, gelten für sämtliche Telemediendienstanbieter. Den Verpflichtungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV unterliegende Dienstanbieter sind auch Nutzer sozialer Netzwerke, wenn ihre im sozialen Netzwerk bereitgehaltenen Kommunikationsinhalte einen eigenständigen Telemediendienst darstellen[37]. Ebenso ist der Betreiber sozialer Netzwerke Telemediendienstanbieter iSd § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV, der den Bindungen nach § 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV unterliegt.

Die Aufsicht über Telemediendienstanbieter ist in § 59 RStV geregelt. Gem. § 59 Abs. 2 RStV wird die Einhaltung der Bestimmungen für Telemedien einschließlich der allgemeinen Gesetze und der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Ehre mit Ausnahme des Datenschutzes durch nach Landesrecht bestimmte Aufsichtsbehörden überwacht. Die Maßstäbe für entsprechende Aufsichtsmaßnahmen finden sich in § 59 Abs. 3 und 4 RStV. Die Begründung einer „Doppelzuständigkeit" des Bundes verbietet die grundgesetzliche Kompetenzordnung.

b. Keine Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung iSd Art. 72 Abs. 2 GG

Ungeachtet dessen, dass sich der NetzDG-Entwurf nicht dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuordnen lässt, bestehen auch durchgreifende Bedenken, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind, d.h. die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. In Teilen der Literatur wird die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung iSd Art. 72 Abs. 2 GG verneint, wenn die Länder durch Selbstkoordination für die gebotene Gleichmäßigkeit der Lebensverhältnisse bzw. für die Rechts- und Wirtschaftseinheit sorgen können[38]. Das Recht der Telemedien gilt kraft der staatsvertraglichen Regelung (§§ 54 ff. RStV) einheitlich in der gesamten Bundesrepublik Deutschland. Die Bindung der Telemediendienstanbieter an die verfassungsmäßige Ordnung und an die allgemeinen Gesetze (§ 54 Abs. 1 Satz 2 und 3 RStV) besteht in allen Ländern. Ebenso ist die Aufsicht über die Telemediendienstanbieter (§ 59 Abs. 2 bis 4 RStV) im gesamten Bundesgebiet

---

[36] Begründung des Referentenentwurfs, S. 18.
[37] S. hierzu oben sub I. 4. a. (2) (a), bei und nach Fn. 21 (S. 10).
[38] Vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 14. Auflage 2016, Art. 72 Rn. 18; *Oeter*, in: *v. Mangoldt/ Klein/Starck* (Hrsg.), GG, Bd. II, 6. Auflage 2010, Art. 72 Rn. 116; *Kunig*, in: *v.Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. II, 6. Auflage 2012, Art. 72 Rn. 27; *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts. Nationaler und europäischer Regulierungsrahmen, 2003, Rn. 174; zweifelnd BVerfG, NJW 2003, 41 ff.

einheitlich geregelt. Damit sind die Schutzzwecke des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt. Das Erfordernis einer bundesgesetzlichen Regelung besteht nicht.

II. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den Mediengrundrechten der Betreiber sozialer Netzwerke (kein Vorbehalt zumutbarer Prüfpflichten)

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die dem Anbieter sozialer Netzwerke durch § 3 Abs. 2 NetzDG-Entwurf auferlegten Prüfpflichten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren und mit den grundrechtlich geschützten Medienfreiheiten des Anbieters in Einklang stehen. Im Unterschied zur Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung stehen die Prüfpflichten gem. § 3 Abs. 2 NetzDG-Entwurf nicht unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf die Haftung als mittelbarer Störer nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, welche die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben. Sie setzt deshalb die Verletzung von Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfpflichten, voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als mittelbaren Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen des Einzelfalls eine Verhinderung der Verletzung zuzumuten ist[39].

Ein entsprechender, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konkretisierender Zumutbarkeitsvorbehalt für Prüfpflichten des Anbieters sozialer Netzwerke fehlt in § 3 Abs. 2 NetzDG-Entwurf. Im Rahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG-Entwurf ist dieser Mangel (wohl) regelmäßig unerheblich, weil bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten ohnehin keine umfangreiche Prüfung erforderlich ist. Besondere Probleme bereitet hingegen § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-Entwurf, der den Anbieter sozialer Netzwerke verpflichtet, jeden rechtswidrigen Inhalt innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren. Im Fall der Behauptung der (schlichten) Rechtswidrigkeit des Inhalts ist eine eingehende Prüfung der Beschwerde erforderlich. Die vollständige Prüfung der Rechtswidrigkeit des Inhalts wird dem Betreiber des sozialen Netzwerks auferlegt, ohne dass diese Prüfpflicht entsprechend der Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung unter einen Zumutbarkeitsvorbehalt gestellt wird. Im Übrigen sei daran erinnert, dass selbst den publizistisch tätigen Medien keine absolut geltende Prüfpflicht obliegt. Eine Überspannung der journalistischen Sorgfaltspflichten würde den Kommunikationsprozess unverhältnismäßig einschränken[40]. Es reicht aus, wenn die Medien unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sämtliche in Betracht kommenden Recherchen hinreichend gründlich durchgeführt haben[41].

---

[39] Vgl. zuletzt BGH, GRUR 2016, 855, 857 Rn. 22 mwN.
[40] Vgl. nur BVerfG, 2004, 589, 590.
[41] Vgl. nur BGH, GRUR 1969, 147, 151.

Das Fehlen eines Zumutbarkeitsvorbehalts in § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG-Entwurf belastet nicht nur den Betreiber sozialer Netzwerke über Gebühr. Die Überspannung der Prüfpflicht kann auch den Kommunikationsprozess nachhaltig beeinträchtigen. Obgleich dem Anbieter für die Prüfung ein Zeitraum von sieben Tagen eingeräumt ist, könnte er – auch mit Blick auf die Bußgeldandrohung (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 2 und 3 NetzDG-Entwurf) – geneigt sein, im Zweifel Inhalte zu entfernen, selbst wenn erhebliche Zweifel an ihrer Rechtswidrigkeit bestehen. Das aber wäre mit dem besonderen Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG, Art. 11 GRC, Art. 10 EMRK unvereinbar.

Der herausragenden Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte wird man eher gerecht, wenn man die – im Einzelfall ggf. schwierige – Prüfung der Rechtswidrigkeit von Inhalten in die Hände der in fast allen Ländern nach Landesrecht zuständigen Landesmedienanstalten legt, die aufgrund ihrer Organisationsstruktur und ihrer besonderen Sachkunde im Bereich der Medien die spezifische Gewähr für eine sorgfältige und alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Rechtswidrigkeitsprüfung bieten (vgl. §§ 58 Abs. 1 Satz 2 und 3, 59 Abs. 2 bis 4 RStV). Allerdings erscheint unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Grundrechtsschutzes[42] neben der einheitlichen staatsvertraglichen Regelung eine Konzentration der Aufsicht über soziale Netzwerke durch Bildung einer (weiteren) zentralen Kommission (vgl. §§ 35 ff. RStV) unabdingbar.

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

[42] Vgl. BVerfGE 73, 118, 196 f.